

NICOLA LACEY

**ESTUDIOS CRÍTICOS SOBRE
RESPONSABILIDAD PENAL
Y POLÍTICA CRIMINAL
COMPARADA**

Alejandro Chehtman
Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
(eds.)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
PREFACIO	13
EN BÚSQUEDA DEL SUJETO RESPONSABLE: HISTORIA, FILOSOFÍA Y CIENCIAS SOCIALES EN LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL	23
I. LA NATURALEZA DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL	25
II. CUESTIONANDO LA TEORÍA SUBJETIVISTA UNITARIA DE LA RESPONSABILIDAD.....	29
1. La «crítica interna».....	29
2. Perspectivas sociológicas.....	30
3. Enfoques históricos	31
4. La historia al servicio de la teoría jurídica y social	39
5. Dos historias de la responsabilidad penal	41
6. Implicaciones para la teoría del Derecho penal	47
LA HISTORIZACIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN: PROBLEMAS CONCEPTUALES Y EMPÍRICOS	53
INTRODUCCIÓN	53
I. CONCEPCIONES DE LA CRIMINALIZACIÓN	60
II. PATRONES DE CRIMINALIZACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA NORMATIVA O NORMATIVA / EXPLICATIVA	67
III. PRÁCTICAS DE CRIMINALIZACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA NORMATIVA O NORMATIVA / EXPLICATIVA	68
IV. PATRONES DE CRIMINALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA SOCIOJURÍDICA E HISTÓRICA	70
V. LAS PRÁCTICAS INSTITUCIONALES DE CRIMINALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SOCIOJURÍDICA.....	78
VI. CONCLUSIÓN: EL FUTURO DE LOS ESTUDIOS DE CRIMINALIZACIÓN	80

	Pág.
¿A QUÉ LLAMAMOS DERECHO PENAL?	85
I. EL DECLIVE DE LAS TEORÍAS SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN	86
II. EL CONTEXTO INSTITUCIONAL Y SUS IMPLICACIONES PARA LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO PENAL INGLÉS	88
1. Derecho penal: ¿profesionalización gradual pero juridificación incompleta?	88
2. La legitimación del Derecho penal y la transición a la democracia representativa	95
III. LECTURA DE LA CRIMINALIZACIÓN CONTEMPORÁNEA A LA LUZ DE LA HISTORIA INSTITUCIONAL	98
 CRIMEN, RESPONSABILIDAD Y DISEÑO INSTITUCIONAL	 105
I. REGULANDO A TRAVÉS DE LA CRIMINALIZACIÓN: CUESTIONES DE DISEÑO INSTITUCIONAL	107
II. RESPONSABILIDAD PENAL: ¿CUADRANDO EL CÍRCULO MOTIVACIONAL?	112
III. REFLEXIONES FINALES	123
 LA CRIMINALIZACIÓN COMO REGULACIÓN: EL PAPEL DEL DERECHO PENAL	 125
I. RECURSOS REGULATORIOS: ACTORES, TAREAS, MODALIDADES Y SUJETOS	129
II. LA DISTINTIVA CONTRIBUCIÓN REGULATORIA DEL DERECHO PENAL	135
1. La «parte especial» del Derecho penal: determinación de estándares y legitimación	136
2. La parte general del Derecho penal: la contribución regulatoria indirecta de la legitimación y la coordinación	141
III. EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO DE LA MODERNIDAD TARDÍA: REGULACIÓN Y REFLEXIVIDAD	145
CONCLUSIÓN	152
 SISTEMAS POLÍTICOS Y JUSTICIA PENAL: EL DILEMA DEL PRISIONERO DESPUÉS DE UN GOBIERNO DE COALICIÓN	 155
I. EL DILEMA DEL PRISIONERO: LA LÓGICA POLÍTICA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE JUSTICIA PENAL	159

	Pág.
II. CASOS DE ESTUDIO: POLÍTICAS DE COALICIÓN EN ESCENARIOS ADVERSARIALES.....	168
III. REFORMA ELECTORAL Y POLÍTICAS PENALES EN NUEVA ZELANDA: <i>PLUS ÇA CHANGE</i>	168
IV. ESCOCIA: ¿DEVOLUCIÓN Y DESAPARICIÓN DE LA DIVERGENCIA?.....	179
V. LA PREDICCIÓN PARA EL SR. CLARK.....	187
EPÍLOGO.....	190
CRIMINALIZACIÓN: PERSPECTIVAS HISTÓRICA, JURÍDICA Y CRIMINOLÓGICA (con Lucía Zedner)	193
INTRODUCCIÓN.....	193
I. DERECHO PENAL, CRIMINOLOGÍA Y CRIMINALIZACIÓN.....	194
II. LA CRIMINALIZACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	198
III. PLANTEAMIENTOS NORMATIVOS: RACIONALIZACIÓN Y LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL A TRAVÉS DE «PRINCIPIOS GENERALES».....	201
IV. LOS LÍMITES CAMBIANTES DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO.....	208
V. LOS LÍMITES A LA CRIMINALIZACIÓN: LA CONTRIBUCIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA.....	211
BIBLIOGRAFÍA.....	214
¿POR QUÉ LOS VERDADERAMENTE DESFAVORECIDOS SON ESTADOUNIDENSES, CUANDO EL REINO UNIDO YA ES BASTANTE MALO? (con David Soskice)	219
INTRODUCCIÓN.....	219
I. POLÍTICA, CRIMINALIDAD Y CASTIGO: LA LITERATURA EXISTENTE.....	223
II. AUTONOMÍA LOCAL I: EL DILEMA DEL PRISIONERO MAGNIFICADO POR LOS MÚLTIPLES ÁMBITOS DE COMPETENCIA ELECTORAL Y POR LAS LAGUNAS EN MATERIA DE RENDICIÓN DE CUENTAS ASOCIADAS A ESTOS.....	231
III. LA AUTONOMÍA LOCAL II: BIENES PÚBLICOS Y DINÁMICAS DE POLARIZACIÓN, EL POSTFORDISMO EN LA DEMOCRACIA ELECTORAL EN EL NIVEL LOCAL EN EDUCACIÓN, URBANISMO Y POLÍTICA CRIMINAL.....	235

	Pág.
IV. AUTONOMÍA LOCAL III: LOS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN PARA EL FEDERALISMO DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA DEPENDENCIA EN LA OBSERVANCIA LEGAL Y/O LOCAL.....	242
V. LAS CONSECUENCIAS DE LA AUTONOMÍA LOCAL PARA LA CRIMINALIDAD: EXPLICANDO LA RELEVANCIA DE LA CRIMINALIDAD Y EL MIEDO A LA CRIMINALIDAD DESPUES DE LA DECADA DE 1970 EN LOS ESTADOS UNIDOS	243
VI. CONTRAARGUMENTOS A LA TESIS DE LA AUTONOMÍA LOCAL: LA POLÍTICA RACIAL, LA FEDERALIZACIÓN Y LA POLÍTICA ELITISTA DE LEY Y ORDEN.....	247
VII. HISTORIA Y DINÁMICAS RACIALES.....	248
VIII. LAS DINÁMICAS DE FEDERALISMO Y «FEDERALIZACIÓN».....	255
IX. ÉLITES Y POLÍTICAS DE LEY Y ORDEN.....	260
CONCLUSIÓN	262
APÉNDICE ESTADÍSTICO	266
BIBLIOGRAFÍA.....	271
LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: IMPLICACIONES PARA LA TEORÍA DEL DERECHO	279
I. «LA PARTE ESPECIAL DE LA TEORÍA DEL DERECHO»: LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONALIDAD, LA SUBJETIVIDAD Y LA RESPONSABILIDAD.....	283
II. IMPLICACIONES PARA LA «PARTE GENERAL DE LA TEORÍA DEL DERECHO»: LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO Y LA LEGALIDAD.....	292
III. TEORÍA DEL DERECHO REFLEXIVA: MÁS ALLÁ DE LA DICOTOMÍA CONCEPTUALISMO/EMPIRISMO.....	301
¿DEL CONSULTORIO A LOS TRIBUNALES? LLEVAR EL MODELO CLÍNICO DE RESPONSABILIDAD SIN REPROCHE AL ÁMBITO JURÍDICO (con Hannah Pickard)	303
INTRODUCCIÓN	303
I. LA HISTORIA DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA PENAL BRITÁNICA Y ESTADOUNIDENSE EN LA ERA DE LA POSGUERRA	307
II. UN MARCO CONCEPTUAL PARA LA RESPONSABILIDAD SIN REPROCHE	313
1. Responsabilidad.....	318

	<u>Pág.</u>
2. Reproche	322
III. LLEVAR EL MODELO CLÍNICO AL ÁMBITO LEGAL: LOS PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA Y LOS TRIBUNALES	325
IV. LLEVAR EL MODELO CLÍNICO AL ÁMBITO JURÍDICO: CÁRCELES Y SECUELAS DEL CASTIGO.....	331
CONCLUSIÓN	334
ÍNDICE DE NOMBRES Y MATERIAS.....	337
TÍTULOS ORIGINALES DE LOS ARTÍCULOS TRADUCIDOS EN ESTE VOLUMEN.....	339

PREFACIO

Alejandro Chehtman e Íñigo Ortiz de Urbina, quienes generosamente han editado este libro de ensayos, me han invitado a presentarlos con una breve explicación de cuál es su lugar y su relación con el resto de mi obra. Es un placer para mí hacerlo, y lo hago con un sentimiento abrumador de gratitud a todas aquellas personas que han contribuido a este proyecto: principalmente, claro, a Alejandro e Íñigo por el tiempo y esfuerzo que han puesto en la revisión y organización de la colección; pero también a Hanna Pickard, David Soskice y Lucia Zedner, que han permitido que nuestros trabajos en colaboración apareciesen aquí.

Los ensayos reunidos en este libro han surgido de —y marcan puntos de inflexión en— dos proyectos sobre los que he estado trabajando, sola y en colaboración con colegas, durante los últimos veinte años. Muchos de ellos también marcan el proceso por el que me he ido dando cuenta de que ambos proyectos estaban relacionados en formas que no había previsto originalmente.

Primero, mi trabajo ha procurado iluminar los modos en las que la concepción de responsabilidad del Derecho penal inglés —su concepción última acerca de qué significa ser un sujeto del Derecho penal— ha cambiado desde el siglo XVIII; y explorar la relación entre esos cambios en el sistema jurídico y los cambios sociales, políticos, culturales y económicos en los que está inserto. Sostengo que hemos ido de un Derecho penal dominado por el carácter y la responsabilidad por los resultados en el siglo XVIII; a través de un período en el que la noción de responsabilidad, basada en la capacidad, fue estableciéndose gradualmente en el centro del Derecho penal, con la responsabilidad por los resultados manteniendo su relevancia desde el punto de vista práctico, pero tornándose marginal desde el ideológico; hasta la fase actual en la que la responsabilidad por el carácter, combinada de formas interesantes con el nuevo discurso de la responsabilidad fundada en el riesgo, está gozando de un renacimiento. Este proyecto se expresa más claramente en el texto «En Búsqueda del Sujeto Responsable», el trabajo que expone mi interpretación inicial del trazo grueso del desarrollo y la función práctica de la responsabilidad en el Derecho penal, y en «La historización de la criminalización», que sigue elaborando su marco teórico e identifica

algunos puntos clave que surgen de este enfoque. El argumento de que las ideas sobre la responsabilidad deben ser entendidas en términos de sus roles para la legitimación y coordinación del Derecho penal en el Estado moderno también conlleva que la interpretación de la responsabilidad penal no puede separarse de la del Derecho penal y, de modo más general, de las prácticas de criminalización. Y estas implicaciones adicionales para los límites sustantivos y los roles simbólico y práctico del Derecho penal se exploran en «¿A qué llamamos Derecho penal?», «Crimen, Responsabilidad y Diseño Institucional», y en «La Criminalización como Regulación». El proyecto en el que se inscriben estos trabajos culminó con la publicación de *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests and Institutions* (2016), cuyo subtítulo resume bien las bisagras que lo conectan con el segundo proyecto representado en este libro¹.

Ese primer proyecto tomaba como punto de partida la asunción de que el Derecho penal puede analizarse de manera fructífera no solamente como una institución en sí misma, sino como un índice de cambios sociales más amplios. Era, por consiguiente, tanto un proyecto de teoría social como de historia del Derecho, caminando por un sendero intermedio entre un análisis jurídico interno, doctrinal, y un análisis externo, social: un sendero intermedio que explora la organización institucional, las técnicas y presupuestos distintivos del sistema jurídico, e investiga a la vez sus implicaciones para los sistemas sociales más allá del Derecho. Estos últimos sistemas, y sus implicaciones para la justicia penal, son la preocupación central del segundo proyecto. Este proyecto es comparativo más que histórico, y se centra primariamente en las prácticas de la justicia penal —en particular el castigo— más que en el Derecho penal. Surgió a partir de mi fascinación por el hecho de que, a pesar de un aumento proporcionalmente comparable de la criminalidad en la mayoría de las «democracias avanzadas» (en general, países OCDE) durante las décadas de 1970 y 1980, y una reducción similarmente generalizada de la criminalidad a partir de mediados de la década de 1990, las reacciones de estos países en términos de política criminal y práctica penal difirió marcadamente. La explicación general que propuse no daba prioridad exclusivamente a la política criminal y las políticas públicas, ni a diferencias culturales, sino que se enfocaba en las dinámicas de la diferente forma de institucionalización de sus economías políticas, dentro de un paradigma en ciencia política comparada conocido como «variedades de capitalismo»². En

¹ *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests and Institutions*, Oxford University Press, 2016; el proyecto también está representado por el libro *Women, Crime and Character: From Moll Flanders to Tess of the d'Urbervilles*, Oxford University Press, 2008, que refleja mis compromisos feministas y mi interés en utilizar fuentes literarias para asistir en la interpretación de la historia jurídica.

² Peter A. HALL y David SOSKICE (comps.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press.

*El Dilema del Prisionero*³, sostuve que los principales rasgos institucionales de los regímenes de producción, los sistemas políticos y los Estados de bienestar de las economías de mercado coordinadas de Europa del Norte y de la zona nórdica se combinaron con factores culturales y ciertas mentalidades para producir dinámicas estabilizadoras e inclusivas en política criminal. En cambio, los sistemas de mercado liberales más individualistas y competitivos del Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y, sobre todo, de los Estados Unidos fueron precisamente en la dirección opuesta. Este argumento interpretativo general fue, por supuesto, simplemente una primera aproximación, que requería mayor refinamiento con referencia a estudios de caso pertinentes más detallados. «Sistemas Políticos y Justicia Penal» y «¿Por qué los verdaderos desfavorecidos son estadounidenses, cuando el Reino Unido ya es bastante malo?»⁴, son dos ejemplos que procuraron refinar la tesis original —especialmente su comprensión del impacto de los sistemas políticos—. Estos trabajos tomaban los casos esclarecedores de Nueva Zelanda y de Escocia —economías de mercado liberales que habían introducido sistemas electorales de representación proporcional más típicos de las economías de mercado coordinadas— y el de los Estados Unidos, en donde el nivel de incremento punitivo superaba el de los otros países con economías liberales de mercado por tanta diferencia que hacía necesario un análisis más diferenciado de esa categoría.

Ambos proyectos tenían antecedentes de más antigüedad y cada uno continúa generando sucesores. No hace falta decir que todos ellos deben mucho al debate y el diálogo con otros especialistas —amigos, colegas, y los muchos estudiantes doctorales que he tenido el privilegio de dirigir, o con los que he tenido relación durante los años—. Y dado que tres de los coautores con quienes he tenido la suerte de trabajar a lo largo de mi carrera han tenido la generosidad de aceptar que nuestros trabajos escritos en coautoría fuesen incluidos en esta colección, arriesgaré una versión de algún modo (auto)biográfica de estas influencias⁵.

Ambos proyectos tienen su origen en el hecho de que, como estudiante de Derecho (bastante reacia) en Londres, en la década de 1970, el Derecho penal fue el primero que incitó mi imaginación intelectual, así como mis sensibilidades morales y políticas. Este interés luego se combinó con mi resistencia a estudiar Derecho en términos puramente doctrinales, provocando, primero, una fascinación con la filosofía del Derecho y la filosofía política.

³ En el libro *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge University Press, 2008.

⁴ Una versión revisada fue luego publicada como «Crime, punishment and segregation in the United States: The paradox of local democracy», *Punishment & Society* (2015), vol. 17(4), pp. 454-481 DOI: 10.1177/1462474515604042.

⁵ Para un análisis más amplio de estas influencias, véase Nicola LACEY, «Companions on a serendipitous journey», *Journal of Law & Society* (2017), 44(2), pp. 283-296.

Me resultó particularmente inspiradora la luminosa colección de ensayos de H.L.A. Hart, *Castigo y Responsabilidad*⁶, con su visión de la centralidad de la idea de responsabilidad para la legitimidad de la criminalización y el castigo en sociedades modernas, y la forma intrincada en que las ideas de responsabilidad se inscriben en doctrinas jurídicas, procesos legales, y la determinación de la pena y el castigo. El libro de Hart ha influido e informado mucho de mi trabajo, a pesar de que mi propia afinidad intelectual se ha movido más en una dirección socio-jurídica, histórica e institucional⁷. Este interés en los enfoques sociojurídicos puede rastrearse hasta mi época como estudiante de posgrado en Oxford (donde estaban representados por un centro de investigación dedicado a ellos), pero también fue estimulado por mi experiencia de escribir una tesis bajo la supervisión de Joseph Raz. Mi tema era el argumento de Raz en el libro *El Concepto de Sistema Jurídico*⁸ de que el sistema jurídico de un momento concreto, que consistía en todas las leyes válidas en un solo sistema jurídico en un momento determinado, es bastante diferente del sistema jurídico entendido como una entidad socio-histórica a lo largo del tiempo y el espacio. Si bien a mí me parecía que esta era una distinción conceptual útil, no podía aceptar que mapeara completamente una realidad social diferenciada; porque yo estaba convencida de que el contenido del sistema jurídico existente en un momento concreto no podía identificarse, interpretarse, ni comprenderse plenamente de manera aislada de una comprensión del sistema jurídico no referido a un momento concreto, que existía como una institución social compleja a lo largo del tiempo y el espacio. Esta convicción ha informado virtualmente todo mi trabajo desde entonces.

Mi primer libro, *Castigo Estatal: principios políticos y valores comunitarios*⁹ reflejaba estos intereses combinados, si bien pecaba de excesivamente filosófico. Pero, en retrospectiva, la dirección de mi viaje intelectual ya se estaba moviendo decisivamente hacia el ámbito socio-jurídico. Esta evolución se reflejó en mi colaboración con Celia Wells en las tres ediciones de nuestro manual *Reconstrucción del Derecho Penal*¹⁰, que organizaba sus contenidos no en términos de distinciones doctrinales convencionales sino

⁶ *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 1968. N. del T.: hay traducción al castellano publicada por Marcial Pons, 2019.

⁷ Mi compromiso metodológico con reconciliar enfoques socio-jurídicos y doctrinarios/conceptuales se ve reflejado en mi interpretación de la filosofía jurídica de Hart, en *A Life of HLA Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, y en trabajos posteriores, entre ellos, «Philosophy, Political Morality and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate», 83 *New York University Law Review* (2008), pp. 1059-1087; «Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited», 84 *Texas Law Review* (2006), pp. 945-982.

⁸ *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, 1979. N. del T.: hay traducción al castellano publicada por Coyoacán, 2011.

⁹ *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Routledge, 1988.

¹⁰ *Reconstructing Criminal Law*, WEIDENFELD y NICOLSON 1990, 1998, 2003; la primera edición fue escrita en coautoría con Dirk MEURE; la tercera con Oliver QUICK.

en términos de categorías sociales tales como violencia, sexualidad, propiedad y des/orden, y leía las fuentes y doctrinas jurídicas a través del prisma de valores sociales, políticos y de justicia penal, arreglos institucionales y procesos. Este trabajo con Celia fue una piedra fundamental respecto del lugar central que las instituciones políticas y de la justicia penal tuvieron en mis trabajos posteriores sobre el análisis y la interpretación explicativa de ideas de responsabilidad y patrones de atribución de responsabilidad. También fortaleció mi interés en la historia, en enfoques feministas y críticos en materia de investigación jurídica y, más ampliamente, en el rol que tiene el poder en el momento de dar forma a actitudes y comportamientos (estos intereses, en sí mismos, eran impulsados también por mi experiencia profesional en instituciones abrumadoramente integradas por hombres blancos privilegiados)¹¹.

A finales de la década de 1980, un desarrollo diferente —¡y mucho menos feminista!— dio pie a mi interés tanto en el método comparativo como en la economía política. Mi esposo, el economista y politólogo David Soskice, asumió un cargo para dirigir un centro de investigación en el *Wissenschaftszentrum* en Alemania, y yo empecé a viajar regularmente entre mi trabajo en Oxford y, desde 1995, en Londres, y Berlín. Rápidamente me fasciné por cómo una sociedad tan similar en muchos aspectos clave —una democracia floreciente, una economía capitalista estable— podía resultar tan profundamente distinta a la británica. Tuve la suerte de conocer a Lucia Zedner en un grupo de discusión poco tiempo después de que David se hubiese mudado a Berlín, y descubrí nuestro interés común en, por así decirlo, entender por qué los alemanes se comportaban del modo en que lo hacían. Tuvimos la suerte de recibir una subvención del *Economic and Social Research Council* para estudiar las similitudes y —tal como resultó, las mucho más grandes y más interesantes— diferencias entre las políticas comunes a favor de la «prevención comunitaria del delito» en Gran Bretaña y Alemania. Esto llevó a una amistad duradera y a una relación de coautoras, que hemos mantenido más allá de nuestro proyecto comparativo, a través de sucesivas versiones de «Construcciones jurídicas del delito» (*Legal Constructions of Crime*); también me convenció de continuar mis esfuerzos por entender las diferencias entre la justicia penal británica y alemana.

Durante mis estancias, a menudo bastante prolongadas, en Berlín, encontré una manera habitual y, en última instancia, increíblemente fructífera de mantener esta determinación (¡así como también una actividad disfrutable que me distraía cuando mi propio trabajo iba demasiado lento!): me sentaba en los seminarios del grupo de investigación de David. En estos debates, economistas, politólogos, historiadores y sociólogos iban desarrollan-

¹¹ Mi interés en la teoría feminista ha producido la colección de artículos: *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing, 1998.

do gradualmente la posición que luego se hizo famosa como «variedades de capitalismo», y que sentó las bases teóricas de mi propio trabajo comparativo sobre justicia penal. Mientras escuchaba sus discusiones acerca de cómo determinados arreglos institucionales —los sistemas electorales, la naturaleza de los partidos políticos, la organización de los Estados de bienestar, la incorporación de actores no estatales como sindicatos, organizaciones de empleadores, comités de empresa, e incluso bancos— incidían de manera directa e indirecta en la gobernanza en sistemas altamente coordinados, como el de Alemania, comencé a ver que era probable que este tipo de arreglos institucionales también diesen forma a la manera en que se desarrollaba, implementaba e interpretaba la política en materia de justicia penal. Más allá de *Variedades de Capitalismo*¹², trabajos como el influyente *Los tres mundos del Estado de Bienestar*¹³, de Gøsta Esping-Andersen, y *Modelos de democracia*¹⁴ de Arend Lijphart, fueron influencias clave. A la vez, me sentía crecientemente perpleja por el hecho de que los politólogos parecían tan poco interesados en el castigo penal (que, después de todo, con excepción de la guerra, representaba la forma más vívida de poder conocida por el Estado nación moderno). El esfuerzo por llenar esa laguna, y por estimular el intercambio entre politólogos y especialistas en justicia penal ha sido una parte central de mi agenda de investigación desde entonces. En particular, mi trabajo junto con David sobre, en un sentido amplio, el excepcionalismo estadounidense en materia de castigo —así como también en materia de criminalidad violenta—¹⁵, y más en general en materia de índices de desigualdad —que se inició con «¿Por qué los verdaderos desfavorecidos son estadounidenses, cuando el Reino Unido ya es bastante malo?»— sigue formando una parte muy importante de mi agenda de investigación¹⁶. Afor-

¹² Véase la nota 2.

¹³ Gøsta ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, 1990.

¹⁴ Arend LIJPHART, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Governments in Twenty-One Countries*, 1984; *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 1999. N. del T.: Hay traducción publicada por Ariel, 2000.

¹⁵ Sobre el que también he trabajado con Zelia Gallo: GALLO, LACEY y SOSKICE, «Comparing Serious Violent Crime in the United States and England and Wales: Why it Matters, and How It Can be Done», en Kevin R. REITZ (comp.), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford University Press, 2018, pp. 332-365.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Nicola LACEY y David SOSKICE, «American Exceptionalism in Crime, Punishment and Disadvantage: Race, Federalization, and Politicization in the Perspective of Local Autonomy», en Kevin R. REITZ (comp.), *American Exceptionalism In Crime and Punishment*, Oxford University Press, 2018, pp. 53-101; Nicola LACEY y David SOSKICE (2019), «American Exceptionalism in Inequality and Poverty: A (Tentative) Historical Explanation», *International Inequalities Institute Working Paper 32*, <http://www.lse.ac.uk/International-Inequalities/Assets/Documents/Working-Papers/LSE-III-Working-Paper-32-Nicola-Lacey-and-David-Soskice.pdf> (una versión revisada se publicará en Nicola LACEY, David SOSKICE, Leonidas CHELIOTIS y Sappho XENAKIS (comps.), *Tracing the Links between Crime, Punishment and Inequality (Proceedings of the British Academy)*, Oxford University Press, 2021); Nicola LACEY y David SOSKICE, «Crime and Punishment in the US: Political Systems and Technology Regime Change», *LSE Legal Studies Working Paper*

tunadamente, en la actualidad este campo está floreciendo, con un número cada vez más grande de investigadores que contribuyen análisis comparativos que abarcan países tales como los del sur de Europa o de América Latina, que no estaban incluidos en mi modelo original (con algunos ejemplos recientes particularmente productivos que exploran las analogías entre los Estados Unidos y una cantidad de países latinoamericanos)¹⁷.

Los vínculos entre estos dos proyectos ostensiblemente diferentes —la percepción socio-jurídica de que el Derecho no consiste meramente en desarrollos de doctrina, sino que está inserto en instituciones cuyo diseño y dinámicas dan forma a su desarrollo— me resultó muy clara cuando concluí *El Dilema del Prisionero* en 2007. Muchos de los ensayos incluidos en esta colección exploran estos vínculos, especialmente «La Historización de la criminalización» y «Crimen, responsabilidad y diseño institucional», mientras que «La Institucionalización de la Responsabilidad» identifica las implicaciones metodológicas más importantes para la teoría y la investigación jurídica. Estas implicaciones se desarrollan con más detalle en el último capítulo de *En Busca de la Responsabilidad Penal (In Search of Criminal Responsibility)*, un libro que también presenta mi explicación teórica sobre el desarrollo de la responsabilidad penal en términos de economía política, y que busca construir un diálogo entre la teoría del Derecho penal de corte doctrinal y filosófico y los estudios socio-jurídicos sobre la justicia penal. Es un enfoque que refleja tanto mis intereses iniciales como la influencia de conversaciones con David, con coautores, y con colegas como Ely Aaronson, Lindsay Farmer, Zelia Gallo, David Garland, Manuel Iturralde, Arlie Loughnan y Alan Norrie, durante los últimos treinta años.

Algunas de las semillas de esta combinación de intereses y enfoques también puede hallarse en un trabajo relativamente temprano, «Reconstrucción Normativa en la Teoría Socio-Jurídica», publicado por primera vez en 1996¹⁸ y reimpresso como el capítulo final de mi colección de ensayos de 1998, *Sujetos de los que no se puede hablar (Unspeakable Subjects)*. El

No. 16/2019 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3492701; Nicola LACEY, David SOSKICE y David HOPE, «Understanding the Determinants of Penal Policy», *LSE International Inequalities Institute Working Paper*, núm. 13 (2017), <http://www.lse.ac.uk/International-Inequalities/Assets/Documents/Working-Papers/Working-Paper-13-Understanding-the-Determinants-of-Penal-Policy-crime-culture-and-comparative-political-economy.pdf>.

¹⁷ Véanse, en particular, los trabajos de Marie GOTTSCHALK, «Deplorable or Disposable? The Carceral State and “Breaking Bad” in Rural America»; Lisa L. MILLER, «American Exceptionalism or the Exceptionalism of the Americas? The Politics of Lethal Violence, Punishment and Inequality», y Manuel ITURRALDE, «The Political Economy of Punishment and the Penal State in Latin America», en Nicola LACEY, David SOSKICE, Leonidas CHELIOTIS y Sappho XENAKIS (comps.), *Tracing the Links between Crime, Punishment and Inequality (Proceedings of the British Academy)*, Oxford University Press, a publicarse en 2020).

¹⁸ «Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory» (1996), 5 *Social and Legal Studies*, pp. 131-57.

artículo instaba a los investigadores en Derecho a combinar interpretación descriptiva y crítica —pero también a no perder de vista el proyecto más utópico de pensar sobre las posibilidades de reforma—. Algunos podrán decir que mi trabajo desde entonces ha estado preocupado con la interpretación histórica y la explicación teórica dentro del paradigma de las ciencias sociales, a expensas del proyecto utópico o reformista. No creo que deba pedir disculpas por ello, porque considero que, para cambiar el mundo, primero debemos comprenderlo. En particular, debemos tratar de capturar las amplias condiciones —históricas, culturales, políticas, económicas, institucionales— de existencia de determinadas políticas u otros arreglos. Pero ha sido un verdadero placer retomar mi trabajo más idealista en años recientes, y en particular hacerlo a través de la colaboración con mi amiga y antigua colega, la filósofa Hanna Pickard, representada en esta colección por el trabajo «¿Del consultorio a los tribunales? Llevar el modelo clínico de responsabilidad sin reproche al ámbito jurídico». Abrevando no solamente en nuestro interés compartido en la filosofía del Derecho, moral y política, sino también en el conocimiento clínico de Hanna y mi interés en la economía política comparada, hemos publicado desde entonces tres trabajos más, explorando las condiciones institucionales en las que ese modelo tendría las mejores oportunidades de resultar exitoso; argumentando a favor de la función del perdón en el marco de la justicia penal; y explicando las implicaciones de nuestra posición para las víctimas del delito¹⁹. Actualmente estamos preparando otro trabajo incursionando en el debate acerca de si, y cómo, las desigualdades sociales afectan la autoridad moral del Estado para responsabilizar a los delincuentes.

En mi trabajo futuro espero poder continuar defendiendo la necesidad de combinar el método filosófico, histórico y socio-jurídico —incluyendo la economía política— en la teoría jurídica y, de hecho, en la investigación en derecho en un sentido más amplio. Me siento profundamente afortunada de haber sido una académica en Derecho en una época en la que los límites de la investigación en Derecho se han ido ampliando y ha ido creciendo el pluralismo metodológico. Siempre he considerado el Derecho no tanto una disciplina como una práctica social fascinante, abierta al análisis desde distintos puntos de vista y perspectivas disciplinares. La invención de internet, que ha vuelto menos rígidas las barreras geográficas (y económicas, si bien lamentablemente esto solo hasta cierto punto) para el intercambio intelectual, ha asistido enormemente a este enfoque pluralista respecto de la inves-

¹⁹ Nicola LACEY y Hanna PICKARD, «To Blame or to Forgive? Reconciling Punishment and Forgiveness in Criminal Justice» (2015), *Oxford Journal of Legal Studies*, DOI: 10.1093/ojls/gqv012; «The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems» (2015), 78(2) *Modern Law Review*, pp. 216-240, y «A Dual-Process Approach to Criminal Law: Victims and the Clinical Model of Responsibility without Blame», *Journal of Political Philosophy* (2018) DOI: 10.1111/jopp.12160.

tigación jurídica. Pero las barreras lingüísticas siguen siendo considerables. Por lo que concluyo renovando mi agradecimiento a Alejandro e Íñigo por el regalo que me han hecho de abrir una avenida hacia un diálogo todavía más amplio, construyendo sobre la maravillosa apertura del Derecho como objeto de estudio.

Londres, enero de 2021.

Nicola LACEY

EN BÚSQUEDA DEL SUJETO RESPONSABLE: HISTORIA, FILOSOFÍA Y CIENCIAS SOCIALES EN LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL*

En los albores del siglo XXI no es exagerado decir que la cuestión de la responsabilidad —de hecho, la cuestión de la responsabilidad individual— es *la* cuestión para la teoría normativa de Derecho penal. Si bien los casos en vía de apelación en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo del *common law* están a menudo enfocados en la interpretación del elemento «conducta» de los delitos y en la condición de la responsabilidad o las eximentes¹, un breve estudio, no solo de los textos jurídicos² y las monografías teóricas³, sino también de los borradores de código y códigos modelo como el *Law Commission's Draft Code*⁴ inglés y el *Model Penal Code* estadounidense, atestigua la preocupación contemporánea por el elemento de la culpabilidad o las condiciones mentales en las que es apropiado considerar a un individuo responsable por un delito.

En este trabajo, deseo plantear cuestiones tanto sustantivas como metodológicas acerca del tratamiento de la responsabilidad en la teoría del De-

* Agradezco el apoyo de la Wissenschaftskolleg zu Berlín, donde una beca de investigación durante el año académico 1999-2000 me proveyó del ambiente ideal en el cual conducir la investigación sobre la cual se basa este artículo. Mis cálidos agradecimientos también a David Soskice por la extensa discusión y el aliento; a los participantes de la conferencia de la Australian Society for Legal Philosophy de abril del año 2000 y de la Critical Legal Conference en Helsinki de septiembre del 2000, por el estimulante *feedback*; y a Akeel Bilgrami, Simon Bronitt, Peter Cane, Hugh Collins, Lindsay Farmer, George Fletcher, Martin Loughlin, Tim Murphy, Alan Norrie, Mike Redmayne and Günther Teubner, por sus útiles comentarios sobre una versión previa.

Traducción de Julieta Rábanos, Universidad de Génova.

¹ Así como por las condiciones bajo las cuales los colectivos, como las empresas, pueden ser tenidas como responsables.

² Véase, por ejemplo, Andrew ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 3.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1999; Alan NORRIE, *Crime, Reason and History*, London, Butterworths, 1993; Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2.^a ed., London, Sweet and Maxwell, 1983.

³ Véase, por ejemplo, H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968; Michael S. MOORE, *Placing Blame*, Oxford, Clarendon Press, 1998; Stephen SHUTE, John GARDNER y Jeremy HORDER (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993; Anthony DUFF (ed.), *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

⁴ *Criminal Law: Codification of the Criminal Law*, Reporte N. 143, London, HMSO, 1985. *A Criminal Code for England and Wales*, Reporte N. 177, London, HMSO, 1989.

recho penal. El artículo surge de un proyecto de larga duración que tiene dos propósitos sustanciales: primero, estoy estudiando la forma en la que la concepción de la responsabilidad del Derecho penal inglés —la concepción misma de qué es ser un sujeto de Derecho penal— ha cambiado desde finales del siglo XVIII; y, segundo, estoy explorando la relación entre estos cambios en el marco jurídico, los cambios en los procesos de criminalización y castigo, y los cambios más generales a nivel social, político y económico. Este proyecto está basado en el presupuesto de que el Derecho penal puede ser examinado provechosamente no solo como una institución por Derecho propio, sino también como un índice de cambios sociales más generales; es por consiguiente tanto un proyecto de teoría social tanto como un proyecto de historia jurídica.

Metodológicamente, busco también contribuir a un debate general de teoría jurídica: a saber, ¿cómo contribuyen los diferentes recursos disciplinarios de la filosofía, la historia y las ciencias sociales a nuestra comprensión del Derecho? El proyecto aquí se aleja de una concepción de la teoría del Derecho penal fundada principalmente en la filosofía analítica y el análisis sistemático de la doctrina jurídica. Más bien, mi objetivo es historiar tanto la estructura como el contenido del Derecho penal dentro de un marco socio-teórico amplio, trazando vínculos entre la estructura o forma conceptual de la doctrina del Derecho penal, el desarrollo del procedimiento penal y las prácticas penales⁵, y las funciones sociales sustanciales que se ha esperado que cumplieren el Derecho penal y el castigo en diferentes puntos de la historia. Por lo tanto, intento construir un diálogo entre la teoría del Derecho penal de carácter doctrinal y filosófico y los estudios socio-históricos sobre la justicia penal⁶.

Al hacerlo, entiendo la responsabilidad penal como una práctica de atribución que es específica del Derecho penal pero que está conectada con las ideas intelectuales predominantes, que incluyen —aunque, obviamente, no están restringidas a— teorías filosóficas sobre la naturaleza de los seres humanos. Esta especificidad y orientación práctica de la responsabilidad en el Derecho penal, sostendré, implica una relación entre concepciones filosóficas y jurídicas de la responsabilidad que es más oblicua de lo que se considera generalmente en la teoría del Derecho penal. Además, eso hace concebible que múltiples concepciones filosóficamente inconsistentes de la responsabilidad puedan funcionar dentro de las prácticas jurídicas de atri-

⁵ Sobre la necesidad de ubicar al análisis de la doctrina del derecho penal dentro del contexto de la criminalización y la justicia criminal, más generalmente, véase Nicola LACEY y Celia WELLS, *Reconstructing Criminal Law*, 2.^a ed., London, Butterworths, 1998, capítulo 1; Nicola LACEY, «Contingency and Criminalisation», en Ian LOVELAND (ed.), *Frontiers of Criminality*, London, Sweet and Maxwell, 1995.

⁶ Para una exposición elegante de un enfoque metodológico similar en relación con el Derecho público, véase Martin LOUGHLIN, *Sword and Scales*, Oxford, Hart Publishing, 2000, capítulo 2.